



EL ARBITRAJE OBLIGATORIO EN LOS CONFLICTOS LABORALES

Este tórrido verano nos ha obsequiado, como suele ser habitual (las huelgas, como las bicicletas, son para el verano, sobre todo si afectan a los transportes públicos), con el espectáculo de las protestas laborales en servicios esenciales y de la desesperación ciudadana...

[SEGUIR LEYENDO](#)

¿SE PUEDEN PROHIBIR LAS RELACIONES SENTIMENTALES EN EL TRABAJO?

Multa y despido para la auditora que se enamoró de su cliente; así titulaba la noticia un periódico de tirada nacional en referencia al caso de una auditora que había sido despedida en Estados Unidos por su empresa.



[SEGUIR LEYENDO](#)



EL CASO BARBULESCU Y EL CONTROL DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS DE LOS EMPLEADOS

Barbulescu. Si no les suena de nada, empiecen a familiarizarse con uno de los nombres más sonados en las últimas semanas, con visos de convertirse en todo un referente en el ámbito jurídico laboral.

[SEGUIR LEYENDO](#)

DESTACADOS

Flashes de actualidad

- El Gobierno impulsa el currículum anónimo
- El PSOE publica su propuesta de cambio al modelo salarial español
- El Abogado General de la UE opina sobre un posible derecho ilimitado a la reclamación de vacaciones...
- ... y sobre la afectación de trabajadoras embarazadas en un despido colectivo
- El Tribunal Supremo devuelve la pelota al TJUE: solicita aclaración a la doctrina sobre indemnización de temporales
- Proposición no de ley a favor de establecer el registro de jornada obligatorio
- El permiso paternal se incrementa a cinco semanas

Sentencias de lectura imprescindible

ALERTAS

ARTÍCULOS PROFESIONALES

BLOG

ACCEDER A NUESTRO

BLOG

SÍGUENOS





EL ARBITRAJE OBLIGATORIO EN LOS CONFLICTOS LABORALES

2



Este tórrido verano nos ha obse-
quiado, como suele ser habitual (las
huelgas, como las bicicletas, son para
el verano, sobre todo si afectan a los
transportes públicos), con el espectá-
culo de las protestas laborales en ser-
vicios esenciales y de la desesperación
ciudadana ante un panorama en el que
los usuarios de tales servicios vuelven
a desempeñar el papel de víctimas de
un conflicto ajeno. Y, si algo ha queda-
do claro, una vez más, en la contem-
plación de tal espectáculo, es la falta de
respuestas del ordenamiento laboral
español para afrontar los numerosos
problemas, no todos ellos ni desde
luego los más importantes laborales,
que provoca, en la sociedad actual, el
ejercicio del derecho de huelga. Cansa,
al menos a mí, que llevo años hablan-
do de ello, me cansa, volver a insistir
en el mandato incumplido del artículo
28.2 de nuestra Constitución, en la in-
suficiencia de la regulación contenida
en el Decreto-ley de relaciones de
trabajo de 1977, en la inseguridad ju-
rídica derivada de la necesaria integra-
ción judicial de los mandatos legales,
corregidos y reinterpretados por el
Tribunal Constitucional ya desde 1981.
Ni mayorías parlamentarias absolutas
ni momentáneos fervores ordenancis-
tas ante situaciones de alarma social,
tan campanudos en su formulación
como efímeros en su existencia, han
permitido afrontar el desarrollo del
mandato constitucional, regulando el
derecho fundamental de huelga y fi-
jando, por consiguiente, sus límites y
sus condiciones de ejercicio.

Y estas carencias se agravan ante los
cambios económicos y sociales que
estamos viviendo. El papel del conflic-
to ha cambiado sustancialmente en

las actuales relaciones laborales. En el
sector privado el número y la dura-
ción de las huelgas desciende, salvo
ocasionales repuntes, desde hace años
y el conflicto se gestiona de muy dis-
tinta manera por las representaciones
laborales y empresariales. La mayor
parte de los conflictos son defensivos,
ligados a problemas del empleo y a las
reconversiones empresariales, y en el
sector industrial, tradicionalmente el
más conflictivo, el juego de equilibrios
es mucho más delicado, con una po-
sición de fuerza sindical en el corto
plazo que se torna en una clara preva-
lencia empresarial en el medio y largo.
Y ello exige apostar por vías de cola-
boración y de participación más que
por las vías tradicionales del conflicto,
que pueden resultar letales para las
empresas y para los trabajadores.

En esas condiciones la regulación del
ejercicio del derecho de huelga no de-
bería ser especialmente complicada. El
problema está en las huelgas que ha-
cen entrar en juego a un tercer actor:
el público en general, al que se priva
del disfrute de servicios esenciales
para así presionar a las empresas y a
los poderes públicos para que acepten
las reivindicaciones de los huelguistas.
Son estas nuevas huelgas las que recla-
man una y otra vez nuestra atención y
las que exigen una intervención legis-
lativa que ordene razonablemente los
distintos intereses en conflicto.

La manifestación más llamativa de
este verano, en ese terreno, ha sido la
huelga de los vigilantes de los filtros
de seguridad de El Prat. Ante la caó-
tica situación provocada, el Gobierno
ha debido, por una parte, recurrir a la
fuerza pública para la supervisión de



las medidas de control de los pasajeros, y, por otra, a la imposición de un arbitraje obligatorio. A esto último me quiero referir. Las huelgas en los servicios públicos, en las que la presión se ejerce sobre terceros ajenos al conflicto, no deben ser abordadas como si de huelgas tradicionales en el sector industrial se trataran. En estas solo están afectados el empresario frente a quien se convoca la huelga y los trabajadores que la llevan a cabo. Las posibles repercusiones sobre las relaciones comerciales de la empresa, la afectación de otras empresas dependientes de la actividad de la destinataria de la huelga, etcétera, son problemas que pueden afrontarse, tanto desde el punto de vista jurídico como económico, sin alterar los tradicionales principios de la regulación del ejercicio del derecho de huelga. No así, sin embargo, cuando nos enfrentamos a movimientos huelguísticos en los que la verdadera medida de presión viene dada por la privación a los ciudadanos afectados de la posibilidad de ejercer sus derechos fundamentales (al libre desplazamiento, a la salud, a la seguridad). La relación aquí es al menos triangular y por ello bastante más compleja, siendo precisa una regulación legal de la tutela de los diversos intereses en conflicto.

La única respuesta que, hasta ahora, encontramos en nuestro ordenamiento, es la de la imposición de un arbitraje obligatorio para poner fin al conflicto (dejando aparte ahora la fijación de servicios mínimos durante



El problema está en las huelgas que hacen entrar en juego a un tercer actor: el público en general, al que se priva del disfrute de servicios esenciales para así presionar a las empresas y a los poderes públicos para que acepten las reivindicaciones de los huelguistas.

su desarrollo). Se trata de una figura prevista en el Decreto-ley de relaciones de trabajo de 1977, concebida como un instrumento de actuación excepcional y así interpretada y avallada por el Tribunal Constitucional. Considera éste que no por ser obligatorio deja de ser verdadero arbitraje, admitido por tanto en nuestro marco constitucional, si bien deben concurrir las excepcionales circunstancias previstas (duración y consecuencias de la huelga, lejanía de las posiciones de las partes, afectación grave de la economía nacional) y no cabe que el Gobierno, o la autoridad que imponga el arbitraje, ordene además el fin de la huelga y la reanudación del trabajo. Dejando este último aspecto aparte, (aunque hay que señalar que no tiene ningún sentido que se imponga un arbitraje y pueda continuar la huelga hasta el dictado del laudo, por cuanto tal continuación supondría, más que otra cosa, una indebida presión sobre el árbitro que ha de resolver), en esas estrictas condiciones la figura del arbitraje obligatorio constituye, hoy por hoy, el único instrumento ordinario (al margen de las posibilidades de militarización de los trabajadores o del servicio, como sucedió en el caso de los controladores aéreos) que tienen a su disposición los poderes públicos para poner fin a un conflicto que afecte gravemente a los servicios esenciales de la comunidad.

Lo que pone de manifiesto la experiencia es que, aun cuando los requisitos para la imposición del ar-



bitraje han sido interpretados con cierta flexibilidad (sobre todo en lo referente a la afectación de la economía nacional), la excepcionalidad de la medida se ha reflejado en el uso muy limitado de la misma. Y esto es probablemente lo que se debe revisar. El arbitraje obligatorio debe ser un instrumento mucho más accesible, más ágil y de mayor seguridad jurídica para resolver los conflictos laborales que suponen una lesión no solo de los intereses empresariales sino de derechos fundamentales de los ciudadanos. Aparte de que sería necesario poner orden en la regulación general de estos conflictos (exigiendo que la

convocatoria de la huelga deba venir avalada por los sindicatos que representen a la mayoría de los trabajadores, así como aprobada por una mayoría cualificada de estos), el arbitraje obligatorio debe desprenderse de la excepcionalidad que actualmente lo caracteriza. Sencillamente, la protección de determinados derechos fundamentales de los ciudadanos debe prevalecer sobre el derecho de los huelguistas. Eso puede hacerse prohibiendo la huelga en determinadas fechas, garantizado la prestación del servicio por otros medios (que no vulnera el derecho de huelga por cuanto la presión sobre el empresa-

rio se mantiene) o imponiendo un arbitraje obligatorio. Arbitraje que debería poder ser también preventivo, para evitar la producción de daños irreparables, y que debe ser en todo caso más formalizado, con garantías ciertas de imparcialidad del árbitro. Las restricciones que para el ejercicio del derecho de huelga han de derivar de la protección de otros derechos fundamentales y del interés general, no deben redundar en ventaja para el empresario, por lo que confiar la resolución del conflicto a un tercero imparcial se antoja la solución más respetuosa de los derechos laborales.



**¿SE PUEDEN
PROHIBIR
LAS RELACIONES
SENTIMENTALES
EN EL TRABAJO?**

JOSÉ MIGUEL CABALLERO

Multa y despido para la auditora que se enamoró de su cliente; así titulaba la noticia un periódico de tirada nacional en referencia al caso de una auditora que había sido despedida en Estados Unidos por su empresa (una de las principales firmas de auditoría de ámbito mundial) por haber mantenido una relación con el jefe de contabilidad de uno de sus clientes. Análoga medida se aplicó a otro auditor que tenía una estrecha amistad con la persona encargada de las finanzas de la empresa auditada.

Más recientemente reputados medios de comunicación internacionales se hacían eco del caso de una compañía aseguradora australiana que redujo en más de 330.000 euros (un 20%) el bonus que correspondía a su CEO por la sencilla razón de que éste había omitido informar al Consejo de que mantenía una relación sentimental con su asistente personal.

Estas noticias nos llevan a plantearnos la cuestión de los límites de la privacidad y de la intimidad del trabajador en el desarrollo de su actividad laboral y de la incidencia de lo *extralaboral* en el contrato de trabajo. En ninguno de los casos citados había reproche alguno de irregularidades contables ni de haberse prevalido de esa relación para conseguir fines ilícitos: simplemente se consideraba que la mera existencia de los vínculos afectivos podían afectar a la independencia profesional de los auditores o del CEO.

¿Podrían aplicarse estos criterios con la legislación española? ¿puede la empresa indagar o directamente preguntar al trabajador sobre relaciones sentimentales o vínculos afectivos con otros compañeros de trabajo, con clientes o proveedores y asociar a ello algún tipo de medida laboral? En otras palabras, ¿puede la empresa prohibir, condicionar o investigar las relaciones sentimentales entre compañeros o con terceros vinculados al negocio?

No abundan los precedentes en nuestra doctrina judicial que aborden directamente esta cuestión: a título de ejemplo, podemos mencionar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Canarias de 31 de enero de 2008 que rechazó el traslado forzoso de un mando en una empresa hotelera por mantener una relación sentimental con una trabajadora a su cargo, bien es cierto que la empresa formalmente no motivó esta decisión en ese vínculo afectivo sino en supuestas necesidades organizativas. Reproduce el Tribunal la doctrina constitucional que considera que el art. 18.1 de la Constitución *impide las*

injerencias en la intimidad arbitrarias o ilegales. De lo que se concluye que se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la Ley, no sea eficazmente consentida o, aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida (sentencia del Tribunal Constitucional 110/1984). Precisamente con base en ello se afirma que es criterio comúnmente aceptado el que por regla general tal poder sólo puede ejercitarse en el concreto ámbito de la relación de trabajo, sin poder afectar a los actos del trabajador situados fuera de aquél.

La sentencia del TSJ Cantabria de 31 de julio de 2014 calificó la decisión de despido acordada por una empresa como *una clara vulneración del derecho fundamental a la intimidad pues, acreditada la relación sentimental del actor con otra trabajadora, acuerda el despido de ambos y, además, pone en público conocimiento esta circunstancia. Ante la alegación de la empresa de que la existencia de esa relación sentimental afectaba a la prudencia que debe regir las relaciones profesionales, responde el Tribunal declarando nulo el despido porque tal extremo, lejos de estar vinculado a la profesionalidad del trabajador, supone una grave conculcación de sus derechos fundamentales tanto al honor como a la intimidad, no sólo por su constancia escrita en la comunicación del despido, sino además por el hecho de que esta circunstancia se difundió en el propio ámbito empresarial.*

Por el contrario, los tribunales han sido más severos con las relaciones sentimentales y los vínculos afectivos



cuando han llevado aparejadas irregularidades en la gestión profesional. En uno de estos casos, en los que se alegaba que la incorporación de ese dato de la relación sentimental del trabajador con terceras personas a la comunicación de sanción suponía una vulneración del derecho a la intimidad por tratarse de información personal no accesible a la empresa, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sentencia de 21 de diciembre de 2007, concluía que *la referencia a la relación sentimental del actor con dos de las clientes de la oficina se encuentra perfectamente justificada para poner de manifiesto las circunstancias que son relevantes para valorar la actuación del trabajador al infringir el protocolo bancario en la aplicación de los criterios de concesión de riesgo, justamente, por esa especial relación sentimental con tales clientes. Y añade que son muchas las formas y maneras en las que puede ser públicamente conocida la existencia de una relación sentimental entre dos personas en el entorno laboral, y la mera*

alusión a esta circunstancia en un documento de la empresa no contraviene el derecho fundamental a la intimidad del trabajador.

Como vemos, la cuestión no es sencilla de abordar ni de resolver, aunque podemos partir del principio general de que la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para el trabajador de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano. En términos de la doctrina judicial, ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas, por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares, deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico constitucional.

Pero no es menos cierto que, como



Las relaciones afectivas (igual que los desafectos y las rupturas sentimentales) entre compañeros o con clientes entran dentro de la intimidad del trabajador pero también pueden condicionar la objetividad de la actuación profesional del empleado, llegando incluso en ocasiones a provocar conflictos interpersonales y denuncias por acoso, en los que la empresa se va a ver necesariamente afectada.



nos recuerda el Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de marzo de 2007, la llamada «conducta extralaboral» del trabajador puede verse alcanzada por aquella facultad directiva (de la empresa) cuando la actuación del trabajador pueda repercutir negativamente sobre el adecuado cumplimiento de la prestación o perjudicar los intereses de la empresa.

En efecto, las relaciones afectivas (igual que los desafectos y las rupturas sentimentales) entre compañeros o con clientes entran dentro de la intimidad del trabajador pero también pueden condicionar la objetividad de la actuación profesional del empleado, llegando incluso en ocasiones a provocar conflictos interpersonales y denuncias por acoso, en los que la empresa se va a ver necesariamente afectada. De ahí que el Código de Conducta de una importante multinacional farmacéutica afirme la relevancia que puede tener una relación sentimental entre personas con distinta jerarquía en la organización, porque, *independientemente de su proceder real, es probable que esa relación sea percibida como una influencia inadecuada sobre su gestión. Este tipo de relación puede perjudicar la moral y perturbar la productividad en el trabajo. Por consiguiente, es inaceptable iniciar*

o mantener una relación sentimental con uno de sus subordinados, ya sea directo o indirecto,....cuyos resultados, compensaciones y promoción pudiera influenciar.

De forma menos drástica, el Código Ético de una de las principales empresas auditoras (distinta de la que motivaba la anécdota inicial de este artículo) no prohíbe pero indica a sus empleados que deben comunicar al superior correspondiente *las relaciones personales que surjan entre miembros de la firma o entre profesionales... y empleados de un cliente con el fin de prevenir eventuales riesgos de independencia y/o conflictos de interés.*

Decía Machado que *en esta vida todo es cuestión de medida; un poco más, algo menos.* Ése es el equilibrio que la doctrina constitucional ha aplicado en el análisis de cualquier limitación o restricción de un derecho fundamental con el triple juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Eso supone que la decisión empresarial que pueda colisionar con el derecho a la intimidad tendrá que tener una singular y reforzada motivación y justificación en la ponderación de los intereses en juego dentro del marco de buena fe que rige la relación laboral (tanto por parte

de la empresa como del trabajador) y que, como nos dice la sentencia del TSJ de Cataluña de 18 de julio de 2016, *obliga al trabajador (y al empresario) a actuar con honestidad, rectitud y lealtad, conforme a criterios morales y sociales imperantes en cada momento histórico y a las exigencias derivadas de las obligaciones asumidas en el contrato de trabajo.*

La dificultad inherente a los conceptos jurídicos indeterminados aconseja, no obstante, no dejar su contenido a las suposiciones y sobreentendidos de qué pueda considerar cada uno que es la buena fe y el obrar prudente en esta materia tan sensible. Precisamente los protocolos o manuales de buenas prácticas empresariales pueden ser herramientas útiles que ayuden a concretar y definir con equilibrio y mesura estos conceptos y las pautas de conducta esperables y exigibles.

Como vemos, la complejidad de la cuestión se acomoda mal con respuestas simplistas, pero de esta complejidad, que está en la esencia del *factor humano*, se alimenta buena parte de la labor de los profesionales del Derecho y de los Recursos Humanos, porque, como recordaba el filósofo y escritor Max Frisch, *pedimos trabajadores pero nos llegaron personas.*

FLOSHES

DE ACTUALIDAD



El Gobierno impulsa el currículum anónimo

En su lucha contra la discriminación en el acceso al empleo, el Gobierno ha puesto en marcha el Proyecto para el diseño, implantación y valoración de un proyecto de currículum vitae anónimo para la selección de personal.

De esta forma, se impulsa la figura del currículum vitae anónimo, entendiendo por tal el que suprime referencias personales tales como el nombre y apellidos, sexo o edad, y no incluye tampoco fotografía, u otras circunstancias personales con el fin de centrar la selección en las capacidades del candidato al puesto de trabajo a cubrir.

El PSOE publica su propuesta de cambio al modelo salarial español

En el documento, entre otras medidas, se enfatiza la importancia de que los acuerdos anuales sobre incrementos salariales recuperen el peso que los salarios tenían antes de la crisis, se propone la subida del SMI (hasta 1.000 euros mensuales en 2020), la derogación de la reforma laboral, el reforzamiento del principio de causalidad en la contratación temporal, el equilibrio entre el incremento de la productividad y el incremento salarial, un Plan de Choque para los Jóvenes (incluyendo la revisión del contrato de relevo, del contrato en prácticas, y una nueva regulación de las prácticas no laborales y los programas de becarios), así como medidas para evitar la práctica de los falsos autónomos, especialmente extendido en el marco de la economía colaborativa.

A continuación se encuentra el [enlace](#) al documento.

El Abogado General de la UE opina sobre un posible derecho ilimitado a la reclamación de vacaciones...

El Abogado General de la Unión Europea ha presentado sus conclusiones en relación con una cuestión prejudicial planteada por tribunales británicos relativa al derecho de los empleados a reclamar sus vacaciones.

Conforme a la opinión del Abogado General, si el trabajador no disfruta de la totalidad o de parte de las vacaciones anuales a las que tiene derecho en el año de devengo de vacaciones durante el cual debe ejercerse el correspondiente derecho, en circunstancias en las que lo habría hecho, pero en las que no lo hizo porque el empresario se negaba a retribuir cualquier período de vacaciones disfrutado, el trabajador puede alegar que se le ha impedido ejercer su derecho a disfrutar de las vacaciones retribuidas y con base en ello aplazar dicho derecho hasta el momen-

to en que tenga la oportunidad de ejercerlo.

Asimismo, a la conclusión de la relación laboral, el trabajador tiene derecho a una compensación por las vacaciones anuales retribuidas que no haya disfrutado hasta la fecha en que el empresario pusiera a su disposición un mecanismo adecuado para el ejercicio del derecho a vacaciones anuales retribuidas. Ése es el momento en que pueden empezar a ser aplicables las restricciones temporales al ejercicio del derecho a vacaciones anuales retribuidas.

El TJUE deberá pronunciarse sobre dicho caso y emitir la correspondiente sentencia, que podrá tener repercusión en la aplicación de las normativas nacionales.

A continuación se encuentra el [enlace](#) a las conclusiones del Abogado General.

...y sobre la afectación de trabajadoras embarazadas en un despido colectivo

La Abogada General de la Unión Europea también ha emitido sus conclusiones, respecto a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en relación con la inclusión de una trabajadora embarazada en un despido colectivo. Ya analizamos esta cuestión prejudicial en nuestra [Newsletter de marzo de 2017](#).

Entre otras conclusiones, la Abogada General se pronuncia en el sentido de que no puede entenderse que todos los despidos colectivos son supuestos excepcionales que permitan no aplicar la prohibición de extinción del contrato de una trabajadora embarazada. Tampoco considera que pueda procederse a la extinción cuando en el contexto de un despido colectivo sea factible recolocar a una trabajadora embarazada en otro puesto de trabajo. Asimismo, entiende que las extinciones contractuales en estas circunstancias requieren de una comunicación escrita y debidamente justificada de la excepcionalidad de la situación que justifique el despido.

En otro orden de cosas, concluye que la Directiva no motive a los Estados miembros que adopten expresamente disposiciones que concedan prioridad de permanencia en la empresa a las trabajadoras embarazadas en caso de despido colectivo.

Como en el supuesto anterior, el caso se encuentra pendiente de resolución mediante sentencia del TJUE.

A continuación se encuentra el [enlace](#) a las conclusiones del Abogado General.

La Ministra de Empleo propone simplificar las modalidades contractuales y penalizar la temporalidad

Esta propuesta, comunicada a sindicatos y patronal, se concretaría en reducir las modalidades de contratos a tres (indefinido, temporal con indemnización creciente y formación), y establecer un sistema de bonus-malus en las cotizaciones a la Seguridad Social que favorezca a las empresas con estabilidad en el empleo y penalice el uso abusivo de contratos temporales.

El Tribunal Supremo devuelve la pelota al TJUE: solicita aclaración a la doctrina sobre indemnización de temporales

El Tribunal Supremo ha anunciado la formulación de una cuestión prejudicial al TJUE en el ya célebre caso De Diego Porras, solicitando la clarificación sobre las consecuencias indemnizatorias de la finalización de los contratos de interinidad.

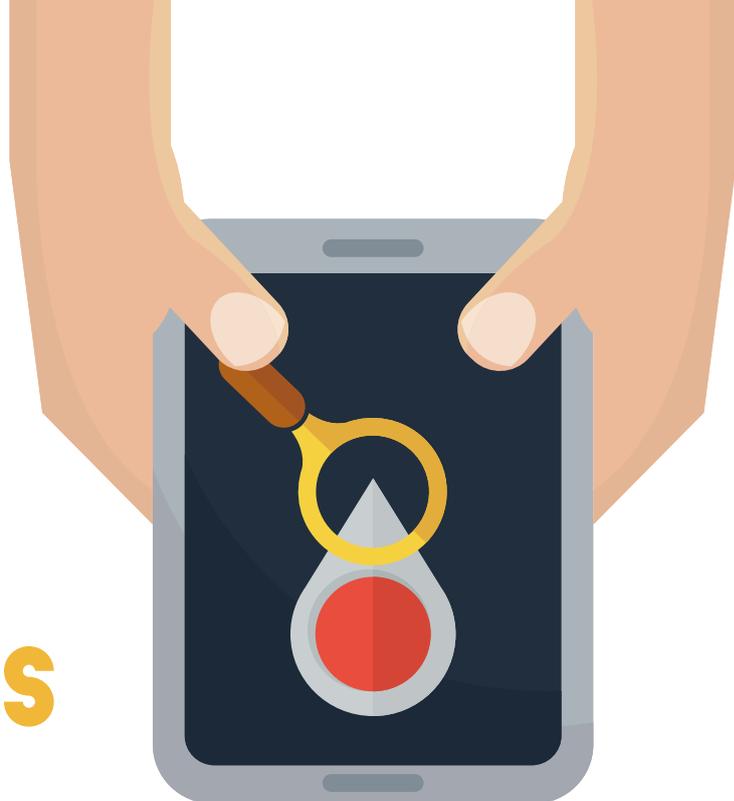
Proposición no de ley a favor de establecer el registro de jornada obligatorio

El PSOE, apoyado por Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea y el PNV, ha impulsado una Proposición no de ley en la que se insta al Gobierno a crear la obligación de registro de jornada a las empresas. El PSOE ya había presentado una proposición de ley sobre este particular en el mes de junio.

El permiso paternal se incrementa a cinco semanas

PP y Ciudadanos han anunciado un acuerdo para incrementar el permiso de paternidad hasta cinco semanas. Esta medida se aprobará vía Ley de Presupuestos de 2018.





NOVEDADES

SENTENCIAS DE LECTURA IMPRESCINDIBLE

EL TEDH SE PRONUNCIA SOBRE LA MONITORIZACIÓN DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS EN EL TRABAJO

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 5 de septiembre de 2017 (caso *Barbulescu vs. Rumanía*)

El TEDH se ha pronunciado en relación con la posibilidad de controlar la monitorización de las comunicaciones de los empleados, estableciendo los criterios que han de tenerse en cuenta por los tribunales nacionales para garantizar una protección adecuada y suficiente contra el posible abuso empresarial frente al acceso a la vida privada de los empleados.

Entre los aspectos que deben analizar los tribunales para determinar si el control por parte de la empresa es lícito se encuentran: la existencia de comunicaciones empresariales expresas sobre la posibilidad de monitorizar al empleado, la extensión y el grado de monitorización, la existencia de una razón legítima que justifique la actuación, la posibilidad de establecer métodos menos invasivos, las consecuencias de la monitorización para el empleado, así como la posibilidad de que el empleador no pueda acceder a las comunicaciones excepto si el empleado ha sido previamente notificado.

En esta Newsletter se encuentra un artículo dedicado a analizar en profundidad esta sentencia.

- **Alerta**
- **Sentencia**

• LABORAL

EL TJUE DECLARA QUE SE DEBE SEGUIR UN PERIODO DE CONSULTAS DE DESPIDO COLECTIVO CUANDO EXISTAN MODIFICACIONES SUSTANCIALES COLECTIVAS

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de septiembre de 2017

El TJUE ha dictado una Sentencia a partir de una cuestión prejudicial planteada por un tribunal polaco en la que declara que una modificación unilateral del empresario de las condiciones de retribución que, en caso de negativa del trabajador a aceptarla, determina la extinción del contrato de trabajo, puede ser calificada como despido, a efectos de la Directiva 98/59/CE del Consejo (despidos colectivos).

Como consecuencia, en el supuesto concreto y teniendo en cuenta las peculiaridades del derecho polaco, el empresario estará obligado a tramitar las consultas previstas para el despido colectivo cuando tenga la intención de llevar a cabo una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, siempre que se superen los umbrales propios del mencionado despido colectivo.

- **Sentencia**

EL TRIBUNAL SUPREMO REITERA EL CRITERIO DE CÁLCULO DE LAS INDEMNIZACIONES POR DESPIDO IMPROCEDENTE

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 4 de julio de 2017

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 4 de julio de 2017, confirma la doctrina establecida en su pronunciamiento de 2 de febrero de 2016 sobre los criterios aplicables para el cálculo de las indemnizaciones por despido improcedente. De esta manera, se confirma que si el cómputo de la indemnización con el periodo de días trabajados antes del 12 de febrero de 2012 (a razón de 45 días por año trabajado) supera los 720 días de indemnización, opera el límite de 42 mensualidades.

Por el contrario, si el cómputo de la indemnización antes del 12 de febrero de 2012 (a razón de 45 días por año trabajado) no supera los 720 días de indemnización, el límite que opera es precisamente el de 720 días, de manera que el trabajador devengará una indemnización por los días trabajados después de la mencionada fecha, a razón de 33 días por año trabajado, pero solamente hasta alcanzar este último límite.

- **Sentencia**

DESPIDO PROCEDENTE POR NO DEVOLVER CANTIDADES PERCIBIDAS INDEBIDAMENTE

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, de 29 de marzo de 2017

El Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia ha validado el despido realizado a una trabajadora, con motivo en la transgresión de la buena fe contractual de la misma, que no devolvió salarios que percibió indebidamente.

La trabajadora había pasado a una situación de reducción de jornada con la correspondiente reducción proporcional del salario. No obstante, la empresa, por error, continuó abonando el salario a tiempo completo a la trabajadora durante un año.

En dicho contexto, la actuación de la empleada, que reconoció haberse dado cuenta del error desde el segundo mes y que rehusó devolver las cuantías indebidamente percibidas, ha sido considerado por el Tribunal como una transgresión de la buena fe contractual, declarándose el despido como procedente.

- **Sentencia**



CONDENA A UNA EMPRESA A REEMBOLSAR A UN TRABAJADOR LOS INTERESES DE DEMORA POR NO INGRESAR DEBIDAMENTE LAS RETENCIONES

Sentencia del Juzgado de lo Social 33 de Madrid, de 1 de marzo de 2017

La empresa y el trabajador, en el marco de un despido, acordaron ante el órgano de conciliación el abono de una serie de cuantías netas y exentas de tributación, en concepto de indemnización por despido, asumiendo que la relación era laboral ordinaria.

La Agencia Tributaria, al inspeccionar al trabajador, entendió que las cuantías pactadas no están exentas de tributación al tratarse de una relación de alta dirección, con lo que el empleado se vio obligado a ingresar los importes no declarados, junto con intereses de demora. El trabajador demandó al empresario y reclamó las retenciones, por entender que se pactaron importes netos.

El Juzgado de lo Social 33 de Madrid declara que, si bien no puede acceder a la petición de que sea el empresario quien asuma la tributación, sí que cabe la acción de reintegro por los intereses de demora, en tanto que el empresario incumplió sus obligaciones como retenedor, lo que conllevó un perjuicio para el trabajador.

- **Sentencia**

EL CASO BARBULESCU Y EL CONTROL DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS DE LOS EMPLEADOS

■ LAURA GARCÍA

Barbulescu. Si no les suena de nada, empiecen a familiarizarse con uno de los nombres más sonados en las últimas semanas, con visos de convertirse en todo un referente en el ámbito jurídico laboral.

Así se llama ya una de las doctrinas laborales de referencia sobre el control por parte del empresario de las comunicaciones de sus empleados que, lamentablemente, y pese a las expectativas que el caso nos había podido crear, sigue generando reiterados debates sin que exista una respuesta jurídica categórica.

Pero pongamos en contexto el histórico de este caso. Nuestro protagonista, D. Bogdan Mihai Barbulescu, había venido prestando servicios para una empresa privada en Rumanía como encargado de ventas desde el año 2004. Durante su relación laboral, y a petición de la propia empresa, el Sr. Barbulescu creó una cuenta profesional de mensajería instantánea para atender las consultas de clientes (además de otra para uso personal).

La empresa contaba con una política que prohibía el uso personal de las herramientas de trabajo pero que no especificaba la posibilidad de su control o monitorización. Copia de dicha política había sido suscrita por el tra-

bajador. Asimismo, con posterioridad, la compañía había remitido una comunicación interna en la que se indicaba que la actividad profesional que realizaran los empleados con los medios entregados por la empresa podía ser objeto de monitorización.

En este escenario, en el año 2007, la empresa decide llevar a cabo la monitorización de la cuenta de mensajería instantánea del Sr. Barbulescu. En el seno de dicho proceso de investigación, la empresa se reunió con el propio empleado para preguntarle si había hecho un uso particular de dicha cuenta, a lo que éste respondió de manera negativa. Horas después, el Sr. Barbulescu recibió las transcripciones de mensajes personales que habían sido realizados por él desde la referida cuenta de mensajería durante unos días concretos.

Como consecuencia de lo anterior, el Sr. Barbulescu fue despedido disciplinariamente por desobediencia a la normativa interna de la empresa, siendo dicha decisión impugnada judicialmente por el trabajador al considerar que se había producido una violación de su derecho a la protección de la correspondencia (artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos -CEDH-) y, por tanto, debía declararse la nulidad de su despido.

El tribunal nacional rumano consideró que la empresa no había violado el derecho referido, toda vez que había informado previamente de la prohibición de utilizar los medios o herramientas de la empresa para usos particulares.

Dicha decisión fue impugnada por el Sr. Barbulescu ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) alegando que los tribunales nacionales de Rumanía no habían llevado a cabo una protección adecuada de los derechos de respeto a la vida privada y a la correspondencia al no haber realizado adecuadamente un juicio de proporcionalidad entre los intereses en conflicto.

Pues bien, la Sección Cuarta del TEDH, tras ponderar los derechos e intereses en juego (derecho a la vida privada y correspondencia e intereses empresariales y facultad de control) declaró en sentencia del 12 de enero de 2016 que la monitorización llevada a cabo fue limitada y proporcionada y que el empresario tiene un efectivo interés en verificar que sus empleados estén cumpliendo con sus obligaciones laborales. Para alcanzar dicha conclusión, el TEDH tuvo en cuenta cuestiones tales como: (i) la existencia de una política empresarial sobre el uso de medios, (ii) el convencimiento de que el acceso a la cuenta de mensajería instan-

tánea no interfería la vida privada del Sr. Barbulescu (al haber afirmado éste que no había hecho uso privado de la misma) y (iii) que el acceso se llevó a cabo con la única finalidad de verificar la existencia de un incumplimiento laboral.

No obstante, dicha sentencia fue nuevamente recurrida por el Sr. Barbulescu ante la Gran Sala del TEDH, la cual ha dictado la sentencia de fecha 5 de septiembre de 2017, revocando la resolución referida en el párrafo anterior.

En el caso concreto del Sr. Barbulescu, y entre otras cuestiones, la Gran Sala considera que los tribunales nacionales de Rumanía no llevaron a cabo un adecuado juicio de proporcionalidad ya que, entre otras cuestiones, habían omitido confirmar (i) si el Sr. Barbulescu había sido informado previamente sobre la posibilidad de que el empresario introdujera medidas de monitorización y la naturaleza de dichas medidas, (ii) si existían razones legítimas para justificar la referida monitorización, y (iii) si había posibilidad de alcanzar el mismo fin con medidas menos invasivas respecto a la esfera privada del trabajador.

Este último pronunciamiento judicial, si bien no permite contar con un precedente de aplicación general que termine con el eterno debate jurídico sobre la posibilidad de controlar la actividad laboral mediante la monitorización de las comunicaciones de los empleados, establece aquellos criterios que han de tenerse en cuenta por los tribunales nacionales para garantizar una protección adecuada y suficiente contra el posible abuso empresarial frente al acceso a la vida privada de los empleados (en este caso concreto, mediante la monitorización de su correspondencia). Concretamente, establece los siguientes factores a tener en cuenta:

(i) La existencia de comunicacio-

nes expresas sobre la posibilidad de realizar una monitorización (cuestión distinta a la existencia de una prohibición de uso personal de las herramientas profesionales).

- (ii) La extensión y el grado de monitorización (distinguiendo el control del flujo del control del contenido y el control completo e indiscriminado del parcial o limitado).
- (iii) La existencia de una razón legítima que justifique la monitorización (al ser, por defecto, una medida intrusiva).
- (iv) La posibilidad de establecer métodos menos invasivos con los que igualmente se podría obtener por el empresario el fin perseguido.
- (v) Las consecuencias de la monitorización para el empleado, en concreto si el resultado se utiliza para alcanzar el objetivo que justificaba la misma.
- (vi) Si el trabajador contaba con protección suficiente, en el sentido de que el empleador no pueda acceder al contenido de las comunicaciones en cuestión excepto que el empleado haya sido previamente notificado de ello.

En definitiva, la doctrina del caso Barbulescu no ofrece soluciones cerradas y seguridad jurídica plena. No obstante, sí que determina los criterios que deberán ser valorados por los tribunales nacionales para realizar la ponderación de los intereses en conflicto (poder disciplinario del empresario frente al derecho a la intimidad y al secreto de la correspondencia del trabajador) y valorar así si la monitorización llevada a cabo por el empresario es (o no) lícita.



Chambers&Partners:
Band 1



The Legal 500:
Band 1

Which Lawyer?:
Leading Firm in Labor and
Employment Benefits

Más información
Departamento Laboral
de Garrigues

GARRIGUES

La presente publicación contiene información de carácter general,
sin que constituya opinión profesional ni asesoramiento jurídico.

© J&A Garrigues, S.L.P., quedan reservados todos los derechos. Se prohíbe la explotación, reproducción,
distribución, comunicación pública y transformación, total y parcial, de esta obra, sin autorización escrita
de J&A Garrigues, S.L.P.

Hermosilla, 3 - 28001 Madrid (España) **T** +34 91 514 52 00 - **F** +34 91 399 24 08